✠

POR

MARTIN DE VRquiola Larrarte.

CON

Don Domingo de Arrese, y Martin de Yçalde, y consortes.



OS Articulos se han de determinar en este pleyto.

El primero, que Martin de Vrquiola es el pariente mas cercano legitimo, y como tal heredero vniuersal ab intestato de Domingo de Larrarte, como lo declarò el Alcalde, cuya sentẽcia en esto se deue confirmar.

El segundo, que no pueden los dichos don Domingo de Arrese, y Martin de Yçalde, valerse de vna donacion q̃ dizen auer hecho el dicho Domingo de Larrarte, reuocãdo quanto a esto la sentẽcia que el Alcalde dio en su fauor.

Articulo primero.

Que la sucession ab intestato pertenece a Martin de Vrquiola.

MArtin de Vrquiola tiene fundada su intencion en la sucession ab intestato de Domingo de Larrarte su tio: porque las partes van cõformes en

que es hijo legitimo de Maria de Larrarte, que fue hermana del dicho Domingo de Larrarte. Et sic illi tanquam proximiori debetur hæreditas. *l. 2. §. hæreditas ff. de suis & legitimis hæredibus. l. Iurisconsultus. §. proximos. ff. vnde cognati. l. 5. tit. 13. part. 6. l. 5. tit. 8. lib. 5. recopilat.*

Y asi como mas propinquo pariente, se ha de preferir a Iuan Duranga de Vldazariz, Francisca Duranga de Vldazariz, y Catalina de Mendizabal, de quien son cessionarios Martin de Yçalde, y dō Domingo de Arese: porque como parece por el arbol, son mas remotos de vn grado, y assi se les deue preferir Martin de Vrquiola como mas cercano. *l. 2. §. hæreditas. ff. de legitimis hæredibus. l. peto. §. fratre ibi, qui sequentis gradus sunt non admittuntur. ff. de legatis 2. l. fin. C. de verbor. signific.*

Contra esta verdadera conclusion, solo dizen las partes contrarias, que Domingo de Larrarte no era legitimo, sino hijo natural de Maesse Martin de Larrarte, y Catalina de Arese. Y que assi aunque Martin de Vrquiola es mas cercano de vn grado por parte de padre: pero que las partes contrarias (aunque mas remotas de vn grado) como parientes de parte de madre, se deuen preferir en la sucessiō del difunto, que no era legitimo, sino natural. *l. si spurius. l. hac parte. ff. vnde cognati.* Et expresse *in l. fin. tit. 13. part. 6. Anton. Gomez in l. 9. Tauri, nu. 48.*

Sed respondetur primo. Que es engaño dezir, que Domingo de Larrarte, de cuya sucession se trata, fue hijo natural tan solamente: porque consta que fue legitimo por diuersas prouanças.

Lo primero se prueua por muchos testigos, que simplemente dizē, que el dicho Domingo de Larrarte, y Maria de Larrarte madre de Martin de Vrquiola, erā hermanos, y ellos tio y sobrino, como dizen los testigos que se refieren fol. 3. 4. & 5. y otros testigos sobre la pregūta 2. de Martin de Vrquiola fol. 8. Y quando estamos en duda, si el hijo es legitimo o natural, en duda se presume legitimo, vt ex communi, & magis communi, & veriori resoluunt Craueta *cons. 166. nu. 1. & cons. 138. nu. 1. Couarruuias in 4. p. 2. cap. 8. §. 3. in principio, late Gutierrez in practicis lib. 2. q. 112. Menoch.* late confirmans *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 54. n. 20.*

Lo

Lo segundo. Porque no solo está prouado que fueron hermanos Domingo de Larrarte, y Maria de Larratte: sino tambien que fueron hermanos legitimos, hijos legitimos de vn mismo padre y madre: como dizen ocho testigos contestes, que son Gimen de Medina, Iuan de Hozes, Iuan Carrera, Iuan de Vera, Pedro Polo, Pedro Marcos, q̃ estan en el memor. sobre la preg. 2. fol. 8. & 9. y con ellos Martin de Alzieta, Francisco Lopez, y otros sobre la misma pregunta, que por no ser necessarios, no se sacaron en el memor. cui probationi tanquam superiori stãdum est, *l. ob carmen. §. si testes. ff. de testibus, cap. in nostra de testibus.* Y estos testigos concluyen en sus dichos: porque dizen, que sus padres los trataron y reconocieron como hijos legitimos, y que ellos se trataron, y reconocieron por tales, Ruinus *cons. 109. nu. 38. lib. 3. Menoch. cons. 490. num. 13. & 14. lib. 5. & lib. 6. præsumpt. 54. nu. 37.* Y tambien concluyen de publica y comun reputacion de que erã legitimos, que basta por prouança de legitimidad, mientras no se prouare lo contrario, Menoch. *d. cons. 490. num. 18. & de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 54. nu. 41.*

Lo tercero. Porque con estos testigos concuerdan la confesion de Martin de Yzalde, parte contraria; que en vna peticion que está en el memor. fol. 7. dixo, que el dicho Martin de Larrarte era hijo legitimo de sus padres, y lo mismo articularon en la preg. 4. y 5. memor. fol. 11. diziendo, que Maesse Martin de Larrarte, y Catalina de Arese, fueron marido y muger, y de su matrimanio tuuierõ por hijo legitimo al dicho Domingo de Larrarte, de cuya sucesion se trata. Quæ assertio facta in libello habet vim confessionis iudicialis, ex vulgata *l. cum præcum. C. de liberali causa. l. 2. & ibi Gregor. Lop. tit. 13. part. 3.* Nec potest reuocari, maxime auiendose aceptado como aqui. *l. certũ. §. penult. & finali ff. de confessis. l. 1. C. de confessis,* & probatio facta in contrarium nullius est momenti, vtpote facta contra confessionem. *l. generaliter in fin. C. de non numerata pecunia,* ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quis voce dilucide protestatus est id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere. l. cum te. 5. C. de transact.*

Lo quarto. Porque litigando el dicho Martin de Vr-

quiola con fr. Inigo de Larrarte, hijo del dicho Domingo de Larrarte, y el monesterio de Monsarrate donde es professo, se prouò y reconocio por el Procurador del Conuento, que Domingo de Larrarte era hijo legitimo de sus padres, y que assi era su heredero ab intestato el dicho Martin de Vrquiola, como pariente mas cercano. Y assi el Alcalde dio auto, mandandole dar la possessión, y lo confirmò el Consejo, memor. fol. 4. col. 1. in fine, & fol. 11. col. 1. & quasi possessio legitimitatis probatur per istas sentētias latas super simplici possessorio donec probetur contrariū, Nata *cons. 473. nu. 1. Menoch. d. præsumpt. 54. nu. 33.*

Ni obsta la prouança que contra esto pretenden auer hecho de que no era legitimo, sino natural, por algunos testigos que lo dixeron assi sobre su preguta 2. 9. 10. y otras fol. 13. & fol. 22.

Porque aquellos testigos estan conuencidos con superior prouança nuestra, de que Domingo, y Maria de Larrarte eran hermanos legitimos: y demas desto no concluyen filiacion natural. Porque aunque en el principio de sus dichos entran diziendo, que Maese Martin de Larrarte, y Catalina de Arese, no siendo casados tuuieron por hijo natural al dicho Domingo Larrarte: pero no dan otra razon, sino dezir que lo saben, porque vieron que lo criaron y alimentaron llamandole hijo, y el a ellos padre: la qual razon es equiuoca, por ser apta para filiacion legitima, y para filiacion natural: y assi no concluye, ni prueua, *cap. in præsentia de probat.*

Secundo principaliter se responde, que quando Domingo de Larrarte, de cuya sucession se trata, no fuera hijo legitimo, sino natural, adhuc, Martin de Vrquiola es pariente suyo de parte de padre, y de parte de madre mas cercano vn grado, que las partes contrarias.

De parte de padre, no tiene duda, ni se niega: tampoco se puede dudar de parte de madre, porque ambas partes van conformes, en que la madre legitima, ò natural, de Domingo de Larrarte, de cuya sucession se trata, fue Catalina de Arese: y demas de nuestras prouanças, lo articulò, y prouò la parte contraria en vna pregunta 5. fol. 11. pag. 2. y en otra preg. 2. fol. 13.

Y es

Y es cierto, que esta misma Catalina de Arese fue madre de Maria Larrarte, y abuela de Martin de Vrquiola, como consta por ocho testigos contestes, examinados en Tafalla, y ratificados con citacion de las partes, sobre vna pregunta 2. fol. 8. y 9. que concluyen, que Domingo de Larrarte, y Maria de Larrarte, eran hermanos hijos de vnos mismos padre, y madre: y esta prouança no està contradicha, ni por las partes contrarias se ha prouado, que Maria de Larrarte tuuiesse otra madre. Y aunque en su pregunta 3. fol. 14. & 15. dizen, que Maesse Martin de Larrarte caso despues con Marina de Plazaola, y tuuo dos hijos, Iuan, y Martin: pero respeto de Maria, ni articulan, ni prueuan cuya hija fue: y assi queda sin contradicion nuestra prouança, de los dichos testigos, que dizen, que Domingo, y Maria fueron hijos de vnos mismos padre, y madre.

Con lo qual se quita quanta duda tiene este articulo: pues assi por la parte de la madre, como por parte del padre del dicho Domingo de Larrarte, viene à quedar Martin de Vrquiola mas cercano vn grado que las partes contrarias.

Tertio principaliter se responde, que quando Domingo de Larrarte no fuera legitimo, como se prouò en la primera respuesta, y Martin de Vrquiola no fuera pariente mas cercano de parte de madre, como se prouò en la segunda, adhuc, deue ser preferido, no obstante lo que se dispone, *in l. finali, tit. 13. part. 6. scilicet*, que al difunto que era natural, y no legitimo, solo le suceden los hermanos de parte de padre, y no auiendolos le suceden qualesquiera parientes de parte de madre: porque en aquella ley en el nombre de hermanos, ex proprietate verbi, se comprehenden los sobrinos: nam fratris appellatione venit filius fratris, Bart. *in l. Lucius, §. quæsitum, ff. de leg. 3*. Melius Baldus, *in l. scimus 37. numer. fin. C. de inofficioso testamento:* Et hac in re optimè consuluit, *Alexand consil. 36. numer. 13. lib. 6.* ibi: *Sed ita est quod appellatione fratris venit sublata, vel in propria significatione filius fratris, vt notat Bart. in dict. l. Lutius, §. quæsitum. ff. de leg. 3.* Et per totum consil. præcipue, *num. 16.* ad finem, ibi: *Nulla ergo ratione sta*

tũ verosimiliter omisit vocare specifice filios fratris in quibus erat, adhuc maior ratio, quã in patruis, nisi quia statuentes intel lexerunt, quod sub prouisione facta de fratribus, cõprehenderentur filij fratris merito comprehenduntur, ne alias prouisio statuẽ tium redderetur imperfecta, & ratione carens. Optimè Tiberius Decianus *cons. 43. num. 21. volum. 2.* resoluens per totum consil. que los estatutos en que son llamados hermanos, comprehenden tambien los sobrinos, *ex l. Iuris consultus, §. quarto gradu, ff. de gradibus, in l. fratres patrueles, C. de testamentis.* Eleganter Ruinus *in cons. 30. num. 2. volum. 3.* qui idem tenet, & eadẽ fere verba, refert Bartholomeus Socinus *cons. 9. ex num. 17.* cum sequentibus, *volu. 3.* Velazquez de Auendaños *in l. 2. Tauri, gloss. 2, num. 1.* ad finẽ, qui testatur, quod si fratres instituantur simpliciter consobrini, etiam cẽsentur instituti, ex quibus deducebat Ioannes Zephalus in *cons. 616. num. 1. 2. & 3.* quod filij fratruũ largo modo dicuntur fratres, cum ingrediantur locum fratris, & ideo comprehenduntur in statuto loquente de fratribus, & *num. 82. & sequenti,* idem Zephalus *cons. 316. nu. 63. vol. 3. & in cons. 219. nu. 16. vol. 2.* que son terminos terminantes deste caso, pues la ley de la Partida es estatuto municipal de España. Quia vnaquæque prouintia abundat in sensu suo, cap, certificari, de sepulturis, & cap. vtinam, 76. distinct. en el qual dicho estatuto, por la palabra, hermanos, que en ella se refiere, se comprehenden los sobrinos.

Quarto se responde, que la dicha ley de Partida, en el nombre de hermano, comprehende tambien al hijo de hermano, que vendria a ser nuestro caso. Nam quamque appellatione fratris non veniat nepos ex proprietate, alomenos viene iure representationis, subrogandose en lugar de sus padres, como si ellos mismos viuieran, vt *in authent. cessante. C. de suis, & legitimis hæredibus.* Porque los so brinos regulariter suceden con los tios, in stirpem, & nõ in capita, por la representacion que hazen, de la persona de sus padres: & probatur *in l. 5. tit. 13. p. 6.* tradit Couarru uias *in epitome de successionibus ab intestato, num. 7. vers. Primum, & num. 10. vers. Decima conclusio, Crassus post longam disputationem de successionibus ab intestato, in quæst. 30. fere*

per

per totam, & præcipuè num. 4. vers. contrariam partem: quia in his personis datur representatio, non autem post eas, *vt in dict. auth. post fratres*, la segunda, & notat Gregor. *in l. 6. dict. titul. 13. part. 6. glossa 4.* ibi: *Non ergo habet locum representatio in successione collateralium, vltra filios fratris.* Paulus de Castro *in cons. 81. lib. 1.* vbi dicit: Quia siue succedat patruo cum patruo, vel cum filijs alterius fratris, semper representat patrem, ac ita qui admittitur per representationem, non dicitur corrumpere gradum: y assi està en el mismo que su padre, vt eleganter considerat Baldus *in l. 1. num. 7. C. de secundis nuptijs.* Sequitur plura referens Tiberius Decianus *cons. 51. num. 45. volum. 3. Velazquez de Auendano in l. 40. Tauri, glos. 17. num. 2.* & vbi representatio admittitur gradus representatur, & filius in locum patris succedit, *§. cum filius, institut. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur, & in l. 3. ad finem, tit. 13. part. 6.* ibi: *Fincaren en lugar de padre. Optime Hondedeus in cons. 70. nu. 48.* cum sequentibus. Eleganter Gutierr. *lib. 3. practicarum, quæst. 67. num. 21.* Et in fortioribus terminis, quando simpliciter se instituyen hermanos, quod videantur etiam instituti filij fratrum præmortuorum, quia representatiue habentur loco fratrum, tenuit glossa vbi Corneus, & Imola *in l. fin. C. de verborum significat. Alexand. cons. 26. vol. 3. Corneus, Socinus, Paris. & alijs*, quos refert, & sequitur Velazquez de Auendaño, *dict. l. 8. Tauri, glossa 2. num. 1. in fine.*

institutio fratrum premortuorum comprehendit eorum filios.

Quinto se responde, que quando *in dict. l. finali, tit. 13. part. 6.* en el nombre de hermanos non venirent filij fratrũ, nec ex proprietate verbi, nec iure representationis, adhuc, tamen comprehenderentur ex identitate rationis: pues milita la misma razon para admitir al hermano, y al sobrino de parte de padre. Vbi enim militat eadem ratio, etiam in correctorijs, & odiosis admittitur extensio de persona ad personam, *l. his solis, C. de reuocandis donatio.* Molina pluribus relatis, *lib. 1. cap. 5. num. 10.* dicens *num. 12.* Quod in habentibus eandem rationem, non dicitur fieri interpretatio extensiua, sed comprehensiua, cum Baldo *in l. quamuis, C. de fideicommissis*: & alijs quos refert idem Molina *lib. 3. cap. 5. num. 6. & 7.* ibi: *Vbi enim adest rationis idẽtitas,*

titas, non dicitur procedi per extensionem, sed per comprehensionem. Y dize *num. 8*. que esto procede mas llanamente, quã do adest aliquod verbum quod etiam secundum latam interpraetationem comprehendat aliam personam. Tunc namque dicit dispositionem correctoriam, & exorbitantem extendendam fore, cum Imola *in l. si vero. §. de viro soluto matrimonio, & alijs à se relatis, Tiberius Decianus dict. cons. 43. nu. 25. volum. 2.*

En nuestro caso se verifica todo aquesto. Tum, porque ay la misma razon para admitir al hijo, que al padre, & sic al hermano, y al sobrino, cum representatiue sit eadem persona. Nec potest ratio aliqua discriminis assignari. Tũ, porque saltim secundum latam significationem appellatione fratris, comprehenditur etiam consobrinus. Y assi per vtramque viam, la ley de Partida, quantumuis correctoria, comprehende assi al sobrino, como al hermano: y auer hecho mencion solamente de los hermanos, hoc fuit exemplificatiue, por ponerse alli la concurrencia de solos los hermanos de padre, ò madre, ò legitimos, ò naturales: eleganter Baldus *in l. de quibus, in repetitione versiculi, Item nota, ff. de legibus*: dicens: Quod quando multa habent eandem rationem licet de vno fiat mentio, id fit exempli causa, non vt restringatur ad exempla tantum: Tiberius Decianus in terminis, *dict. cons. 43. num. 21. & 22. volum. 2.* Exempla autem non restringunt regulam, *l. damni infecti. §. Sabinus, ff. de damno infecto.* Non tamen *dict. l. Partitae*, loquitur exclusiue de los sobrinos hijos de hermanos, que antes eo ipso quedaron admitidos, tàm ex identitate rationis, quàm ex comprehensione vocabuli. Y fue preciso començar por solos los hermanos, porque como auia puesto el caso, quando el hijo natural no dexaua hijos, ni nietos, ni madre: como el primer grado a quien se auia de deferir la sucesion eran los hermanos, pusolos en primer lugar: y entre los de padre, y madre, prefirio los de madre, admitiendo a falta dellos los de padre: & quod hoc non fuerit restrictiue, por admitir solamente por sucesible, el primer grado de hermanos, y no los vlteriores, patet euidenter, por la razon que dà la ley, en preferir a los hermanos de padre, quando no ay otros de madre, que es porq̃

son

son los parientes mas cercanos, ibi: *Porque son los mas cercanos parientes.* De suerte que la razon de admitir los hermanos, fue por atender el grado mas proximo de parentesco, y no por limitarse a solo aquel grado de hermanos, quæ ratio á lege expresse generalis est ad omnes alios cõsanguineos, que se hallen en grado mas proximo, los quales pueden dezir esto mismo, pues son parientes, y mas cercanos. Quibus conuenit ratio expressa, & sic etiam dispositio, *l. illud. ff. ad legem Aquiliam, l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de legatis 2. Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 5. num. 8.* ibi: *Ideoque vulgo dici solet, quod ratio dispositionis est ipsa dispositio.* Et ibi: *Ideoque fideicommissa extenduntur, ampliantur, restringuntur, limitatur, ac declarantur ex ratione, ex qua testator motus fuit ad disponendum, l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de legatis 2.* Y assi pues la razon de la ley fue general ad omnes consanguineos, no se atiende la disposicion particular de vn caso, sed per rationem generalem se deciden los demas que pueden ocurrir, secundum Molinam *dict. cap. 5. num. 6. & 7.*

Rursus ex alio probatur, quod *dict. l. Partita* non loquitur restrictiue en el grado de hermanos que puso, porque tambien hizo mencion solamente de los hermanos de madre: & tamen no se puede inferir ex hoc, que los demas parientes vlteriores no pueden suceder ab intestato, siquidẽ los vterinos suceden quocunque gradu existant: y como en esto la ley non fuit locuta taxatiue, nec restrictiue, ita nec etiam respeto de los hermanos de padre, cum vna determinatio respiciens plura determinabilia, pariformiter debeat determinare, secundum iura vulgaria *in l. iam hoc iure. ff. de vulg. l. precibus. C. de impuberum, & alijs.*

Et sic ex eadem ratione, aunque aquella ley en el vers. *Fueras ende,* dixo, que auiendo hermano natural, è legitimo de parte de padre, este se preferia al hermano natural de padre, no obstante que hizo mencion de solo el hermano legitimo, negandum non est, que tambien suceda el sobrino legitimo, como Martin de Vrquiola; nec potest ratio differentiæ constitui: pues todos los legitimos son capaces de suceder, y no prohibidos per legẽ hac parte, & *legem si spurius. ff. vnde cognati.*

 Vnde,

Vnde, en los mismos terminos de la ley de partida, que se aya de entender en los demas parientes, y no en solos hermanos, de quibus loquitur tenuit Flores de Mena *in addit. ad decis. 3. Anton. Gammæ, fol. mihi 3. col. 1. ad finem*, in hæc verba: *Et elegantem legem partitæ fin. & Greg. Lop. tit. 13. part. 6. & communis & verior ex omnibus resolutio est: Quod iure communi spurij, vel naturales non succedebant patri, nec consanguineis, aut fratribus ex parte patris, quia non habebant iura agnationis; quod non est immutatum in fratribus, ex d. l. partitæ, quia succedunt alijs fratribus legitimis, aut naturalibus ex parte matris. Et licet lex illa de alijs consanguineis non loquatur, nec auctores citati. Tamen idem dicendum erit ex identitate rationis.* Ecce, quod in terminis loquitur. Segun lo qual, si concurrieren hermanos de padre con los de madre, prefierense los de madre in æquali gradu: pero no auiendo hermanos de madre, entran los de padre: & sic de cæteris consanguineis, que estando en ygual grado, se prefierã los de madre: secus vero, si los de padre son mas cercanos ex ratione dictæ legis partitæ, ibi: *Porque son mas cercanos parientes.* Et hoc præcipue en los sobrinos de padre, que se comprehenden sub appellatione fratrum, & representatiue tenent eũdem locum, & in eis militat eadem ratio, vt in simili statuto aduertit videndus omnino Tiber. Decian. *d. cons. 43. nu. 42.* donde resuelue, que los parientes de padre mas cercanos, se prefieren a los mas remotos ex parte matris.

Nec prædictis obstat *d. l. partitæ in vers. Otro si dezimos, cum Gregor. ibi verb. parientes.* Nam vera declaratio legis est, que hasta este vers. auia hablado de suceder al hijo natural sus hermanos, vel ex parte patris, seu matris, vel legitimi, & naturales simul, vel naturales tantum: y auiendo precedido el vers. *Fueras ende*, donde prefirio el hermano legitimo, y natural de parte de padre, al que era tan solamente natural ex parte patris. Siguese luego el vers. *Otrosi dezimos*, donde a diferencia de auer admitido al hermano legitimo de padre a la sucesion del hermano natural, dize, que en el caso conuerso que se trata de suceder al hermano legitimo, o parientes otros legitimos, no sucede ab intestato a ellos el hijo natural: que son palabras claras de

la

la ley, ibi: *Otrosi dezimos, que los hijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros q̃ le pertenecen de parte de su padre.* Ecce verba illa, *nin de los parientes otros*, entiendense, que sean legitimos, quia dictio alius est repetitiua similium. *l. si fugitiui. C. de seruis fugitiuis.* Y como auia dicho, que el hijo natural no podia heredar a los legitimos, scilicet, hermanos, passò extensiue a los otros parientes vlteriores, scilicet, tambien legitimos, que tampoco les pudiesse heredar. Et secundum hæc, el verss. *Otrosi dezimos*, habet relationem con el verss. *Fueras ende*, precedente. Et sic ad proxima iuxta notata *in l. 1. C. de lib. præteritis. l. si idem cum eodem. ff. de iurisdict. omnium iudic.* Porque hazer relacion ad remota al verss. *Mas si este*, donde se admitio la sucessión entre hermanos naturales, y dezir que luego en este verss. *Otro si dezimos*, la excluyò entre los demas parientes naturales, esto no lleua camino. Pues en este sentido este verss. se auia de seguir continuatiue despues del otro, sin inserir en medio caso diuerso. Y no auia tampoco que tratar aqui primero de priuar de herencia de los legitimos, sed vnico verbo el dicho versic. Mas si. Quando se admitio la sucessión del hermano natural, se podia dezir, que no heredassen los demas parientes. Vnde Gregor. verb. parientes otros, non recte percepit (salua eius pace) intellectum legis colligendo, ex dict. verss. quod filius fratris naturalis non succedet patruo, licet eius pater posset succedere. Porque aquel verss. solamẽte denegò la sucessión al hijo natural, respeto de los legitimos, y demas parientes legitimos, respeto de los quales està excluydo assi el hermano natural, como el sobrino su hijo, sin hazer diferencia de padre a hijo: y en el caso q̃ antes se auia admitido el hermano natural in verss. Mas si, era en herencia de otro hermano natural, y en este caso no està excluydo el sobrino, ni ay palabra ninguna exclusiua: & sic admittitur ex rationibus adductis.

Y como quiera que se entiẽda el dicho verss. Otrosi dezimos, hablò en hijos naturales, que no pudiessen heredar a los legitimos. Y Martin de Vrquiola es sobrino legitimo hijo de madre, que no era natural, sino legitima. Et per consequens no prohibida de suceder. Prohibitio namque respi-

respicit filium naturalem,vt non succedat,nó tamen prohibet fratres legitimos succedere fratri naturali,que estos estauan admitidos en el verf. *Fueras ende*, y aun preferido el hermano natural y legitimo simul, al que era natural tantum. Et ex eadem ratione suceden los sobrinos hijos de vno,y de otro.

Y aunque se replique,que la sucessió ha de ser reciproca,y que assi como el legitimo sucede al natural, auia de suceder el natural a los legitimos. La respuesta es llana, con la misma ley que constituyó diuersa disposicion en vn caso,que en otro,prohibiendo in totum, que el hijo natural no sucediesse a los legitimos. Secus vero, que los legitimos sucediessen a el. Et ratio huius discriminis est: porque los naturales son insucessibles actiue,por el defecto de su nacimiento:legitimi vero sint magis priuilegiati,tanquam nati de legitimo matrimonio. Et licet Gregorius,verb, *los bienes*, in se dubitatiue tenuerit, quod frater naturalis succedet legitimo deficiēte alio fratre legitimo, & naturali ex parte patris,vel vterino ex parte matris, hablò directe contra el verf. Otrosi, donde in totum se prohibe al hijo natural la sucessiõn ab intestato de los legitimos,falten o no otros hermanos. Y quando cum Gregorio el hijo natural pueda suceder en este caso, hoc nihil ad rem nostram.

Et quando in casu præsenti tam Gregorius, quam Antonius Gomez in loco contrario allegato tenuissent,que no se da sucession ab intestato, *ex d.l.partitæ*, vltra del primer grado de hermanos:& sic, que nõ se da en los sobrinos,no traen razon,ni fundamento juridico. Y el que apũta Antonio Gomez,que el derecho comun queda incorrecto,y no estiende la ley de partida por ser correctoria vltra casum specialem, in quo loquitur debuisset aduerti, quod ex veriori resolutione á nobis tradita cum Molina, & alijs supra, lex quantumuis correctoria extenditur ex identitate rationis.Et hoc maxime,quando ex lata significatione vocabuli potest comprehendi alius casus,como aqui. Item debuisset aduerti,quod appellatione fratris cõprehensiue venit etiam consobrinus,vt superius fundatũ est,y bastara comprehenderse secundum latissimam significationem,

ficationem, vt ſic concurrente eadem ratione fieret extenſio legis correctiue ſecundum Molinam. *d. lib. 3. cap. 5. nu. 10.* Y quedando ſin fundamento los dichos autores, non eſt ſtandum ſoli auctoritati eorum, Decius *conſ. 222. nu. 5. Iacobus Portius conſ. 36. nu. 53. late Thuſc. cõcluſ. 1037. verſic. 2.* Cõ eſto queda la ley de Partida en fauor de Vrquiola, como la entendio Flores de Mena vbi ſupra, y por ſer ſobrino de grado mas proximo, ſe prefiere en la ſuceſsion ab inteſtato a las partes contrarias, que ſon mas remotos. Et iuſte el Alcalde lo declarò aſsi.

Articulo ſegundo.

Sobre la falſedad de la donacion.

DON Domingo de Areſe, y Martin de Yzalde, deſengañados de que no tienen derecho alguno en la ſuceſsion ab inteſtato, ſe valen de vna donacion q̃ dizen auer hecho en ſu fauor, y de otras perſonas en 28. de Agoſto de 1605.

Pero eſta donacion es con euidencia falſa, y ſupueſta, y para prouarlo pudieran baſtar dos circunſtancias. La vna, que vno de los teſtigos inſtrumẽtales dize no auerſe otorgado, ni auer ſido teſtigo en ella, ni ſer ſuya la firma que alli ſe halla eſcrita.

La ſegunda, que ſuena auerſe hecho en fauor de diuerſas perſonas, y quatro de los donatarios certificados de q̃ es falſa, no han querido valerſe della, y ſolo porfian contra voluntad de los demas, dõ Domingo de Areſe, y Martin de Yzalde.

Contra eſta donacion ſe oponen tres coſas.

La primera, que no eſtà inſinuada.

La ſegunda, que no tiene baſtante numero de teſtigos.

La tercera, que eſtà conuencida de notoria falſedad.

Lo primero, quanto a la inſinuacion es claro que no la ay, y aſsi no puede valer vltra quingentos ſolidos, *vt in l. ſancimus. C. de donat. & in l. illud. C. de ſacroſanctis Eccleſiæ, & in l. 9. ad finem, tit. 4. part. 5.* quam materiam latiſsi-

me declarant Doctores varijs in locis præcipue Ant. Gomez *variarum 2.cap.4.numer.6. Dueñas in reg.224. Antonius Gabriel, lib.3.communium opinionum, conclus.1. de donat.* & alij quos adducit Ioan Gutierrez *de iuramento confirmat.1.part.cap.7.numer.2. Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 73.num.1.*

Pero la parte contraria pretende, que aunque esta donacion no aya sido insinuada, nihilominus tamen, este defeto se suple por el juramento que en ella interuino. Este punto es de gran disputa, y controuersia: el qual ad vtramque partem, disputò refiriendo muchos por cada vna dellas, Gutierrez *in l.nemo potest, delegatis 3.numer.340.* & sequent. ibi: *Sed vtrum cum iuramento insinuationi donationis renuntiari possit certant Doctores, & adhuc sub iudice lis est:* Et ibi *Contrariam tamen partem tuentur multi plures:* Et idẽ vbi supra *de iuramento confirm.1.part.dict.cap.7.numer.2.* Y parece que se inclina a que el juramento supla el vicio de la insinuacion: y asi la tiene por mas comun Seraphino *in dict.priuilegio 73.num.4.* Y despues de la auer disputado Zauallos *ad pract.commun.in q.222.numer.15.versic. Sed contrariam sententiam, imo donationem iuratam non egere insinuatione*, tamen en el 15. viene a tener lo mismo.

Pero quando asi sea, y se aya de estar a la contraria opinion, tiene vna limitacion que se ajusta grandemente a los terminos deste pleyto, scilicet, quando præter non factam insinuationem aliqua fraus, vel falsitas interuenisset, idque constasset, nam tunc non obstante iuramento donatio esset inualida, quia iuramentum non firmat contractũ simulatum, & fraudulenter factum iuxta glossam communiter approbatam, *in l.3.C.plus valere, quod agitur*, quã limitationem adducit Gutierrez *in dict.l.nemo potest. nu.343.* ex quo deducebat Bart. *in dict.l.nemo potest*, quod testator non possit renuntiare, seu prohibere insinuationẽ requisitam ab statuto ad quod inducebatur per quamdã opinionem Cin. *in l.fin.q.2.C.de donat.* quia ea quæ statuũtur propter euitandam falsitatem, vel periculum non possunt remitti, per textum *in l.comparationes, C.de fide instrumentorum*, ibi: *Non aliter literarum comparationem, vllo modo concedimus:* Et Bartol. refert Gutierrez *in dict.l.nemo*

potest,

potest, numer. 137. quia iuramentum non firmat contractum, vbi potest interuenire fraus, vel dolus, Baldus, Salicetus, Paulus, & Doctores, *in authentica Sacramenta puberum, C. si aduersus venditionem, Bart. in l. omnes populi, q. 5. de iustitia, & iure, Dueñas in dict. regula 224. numer. 5. in fine.* Y esta falta de insinuacion confirma la suposicion, y falsedad de la dicha escritura, pues tanto tiempo estuuo encubierta sin manifestarse, ni insinuarse, coram iudice, para quitar la disputa de opiniones que ay, cerca de la falta de la dicha insinuacion.

El segundo fundamento principal es: porque en esta escritura suena auerse puesto tres testigos, Pedro de Landa, Pedro de Olazabal, Iuan del Cano, y eran precisamente necessarios todos tres para que pudiesse valer esta donacion, y qualquiera otra escritura publica, *ex l. 14. tit. 18. part. 3.* Y faltando, ò contradiziendo qualquiera de los tres testigos, queda la escritura ninguna, y sin la solenidad necessaria, Angelus *in l. tabularum, §. diem, numer. 4. ff. quemadmodum testamenta aperiantur,* Innocentius *in capit. cum Ioannes Heremita, numer. 2. in principio, versic. Si vero vnus, de fide instrumentorum, Bartolus in l. in exercendis, numer. 4. C. de fide instrumentorum, & in l. 1. §. si quis neget, numer. 2. & 3 ff. quemadmodum testamenta aperiantur.* Et multis congestis Farinacius, *q. 158. numer. 13. & 15. & 20.* vbi innumeros refert, tam in contractibus, quam in vltimis voluntatibus dicentes. Quod si vnus ex testibus instrumentarijs deficiat, vel contradicat fidem probationis tollit eo quod tunc deficiat necessarius testium numerus, licet secus esset si testis contradicens non esset de testibus necessarijs ad solemnitatem, & validitatem instrumenti.

Vnde, no puede valer, ni sustentarse esta donacion, porque Iuan del Cano, vno de los tres testigos instrumentarios dize, no auer sido testigo, ni ser suya la firma que alli está puesta, como se refiere en el memorial, fol. 41. & 42. Porque aunque quando fue examinado con censuras, sin mostrarle la escritura, dixo, que no se acordaua auer sido testigo, y que si se le mostrara la escritura, viendo su firma, la conoceria, y declararia si es suya, ò no: pero despues siedo

do examinado en la instancia del Consejo, no solo ratifica lo que dixo con las censuras, sino que auiendo visto la escritura, niega ser suya la firma, ibi: *Y auiendo visto, y mirado la escritura de donacion que le ha sido mostrada, que està en este processo, fol. 642. y la firma que està en ella, donde dize, por testigo Iuan del Cano, dixo, que no se acuerda, como dicho tiene en la dicha declaracion que hizo a las dichas censuras, auer sido testigo instrumental de la dicha escritura de donaciō, ni auerla visto otorgar al dicho Domingo de Larrarte, ni otra ninguna escritura: y que la firma que està en la dicha escritura donde dize: Por testigo Iuan del Cano, no es deste testigo, ni la escriuio, ni firmò, ni es suya.*

Con lo qual se responde a todas quantas prouanças se han hecho por la parte contraria, para comprouar la escritura, que en efeto viene a ser de los dos testigos numerarios, que suena estar firmados al pie de la donacion, y de otros tres estraños, que dizen auerse hallado presentes.

Porque los testigos estraños solo se admiten en fauor de la escritura, quando contra ella solo se traen testigos estraños, y que no fueron testigos instrumentales, y assi quando todos son de ygual calidad: pero no quando contra el instrumento dize vno de los testigos instrumentarios, y necessarios, porque entonces no se coadjuua la escritura, porque otros testigos supernumerarios la coadiuuē, y confirmen. Sic eleganter tradit Baldus *in l. in exercendis, numer. 11. C. de fide instrumentorum,* vbi eam subdit pulchram rationem: quod si deficiat vnus testis numerarius, eo ipso deficit solemnitas instrumenti, & ille morbus est intrinsecus, & ineuitabilis, nec potest curari ab extra tradit Montizelus *in repertorio testiū, fol. 321, colum. 1. versic. finali, & Farinatius, dict. quæst. 158. numer. 158. versic. Limita hanc quartum.*

Y lo mismo es, respeto de Pedro de Landa, y Pedro Olazabal testigos numerarios que coadjuuan el instrumēto: porque vno de los instrumentarios que lo impugna, es mas poderoso, que muchos que lo confirman: sic elegantissimè docuit Innocentius *in cap. cum Ioannis Heremita, numer. 3. in fine, versic. Et quod diximus, & numer. 4. de fide instrumentorum: & ibi Hostiensis, numer. 7. versic. Et quod di-*

ximus

ximus Ioannes Andreas num. 8. vers. Quod dixi de duobus, Bellamera numer. 38. & 39. Butrius numer. 29. vers. Hac vera, Felinus num. 51. de testibus: & multi alij, quos sequitur Farinacius *q. 158. num. 153.*

El tercero fundamento principal, es, que quando la donacion estuuiere insinuada, y vn testigo supernumerario que contradize, no bastarà para reprouarla; pero en este caso concurren claras conjeturas, y sospechas de falsedad, q̄ bastan para reprouar la escritura. Porque como esta materia sea dificultosa prouança, porque siempre se haze ocul ta, y secretamente, coniecturis probari potest, vt *in l. non omnes, §. à barbaris, ff. de re milit ari*, ibi: *Quia cum hoc liquide constare non possit argumentis tamen conocendum est, & in l. dolum, C. de dolo*. Ac ita in indiuiduo in terminis falsitatis probatur *in l. iubemus, & in l. sciant cuncti, C. de probat. l. vbi adhuc, C. de falsis, Francisc. Marc. q. 151. in princip. in 1. p. decisionum Delphinatus Natta cons. 124.* Nam ex pluribus coniecturis, & præsumptionibus resultat plena probatio. Rota Genuensis *decis. 31. num. fin. Cassadorus decis. 7. de dolo, & contumatia*: & sic duæ præsumptiones falsitatis sufficere solent, quando agitur ciuiliter ad hoc, vt instrumentum non probet. Ita Osascus *decis. 17. num. fin. Crauetta in cons. 134. & cons. 56. numer. penult. Mascardus decis. 140. numer. 45. Baiardus ad Iulium Clarum in §. falsum, num. 233. Bertazolus in cons. 95. num. 32. & cons. 411. num. 2. Tiberius Decianus cons. 99. numer. 11. Farinacius de falsitate, q. 158. num. 10.* Quod quidem ea ratione contingit, quia quotiescunque præsumptiones subrogātur loco testium duæ præsumptiones sufficere solent ad probandam, sicut duo testes sufficiunt, vt testatur Accursius in *l. instrumēta, C. de probat. Bald. cons. 311. lib. 1. Mascar. in 1. tomo, concl. 441. nu. 4.*

La primera, porque Ioannes del Caño, que suena estar firmado, y puesto por testigo instrumental, dize, que no se hallò a la escritura, ni la firma es suya. De la qual cōtradicion, quando no resultara total reprouacion, por lo menos resulta manifiesta sospecha, *ex l. 1. §. si quis neget, ff. quemadmodum testamenta aperiantur*, ibi: *Sed alias suspectæ sunt, & tradit Bartolus num. 5. & 7.* per illum textum, ibi: *Si quis neget sigillum suum agnoscere, non ideo quidem minus*

aperiũtur tabulæ, sed aliàs suspecta sũt. Idẽ Bart. in l. in exercẽdis, C. de fide instr. n. 4. ibi: *In contrariũ videtur, quod dictũ vnius testis adscripti in instrumẽto faciat vacilare instrumentũ, seu eius fidẽ, vt in l. 1. in fi. quẽadmodũ testamẽta aperiãtur*, & n. 7. ibi: *Quæro si vnus ex testibus adscriptis in instrumento dicit, ego non interfui. Respondeo, aut es vnus ex testibus necessarijs in illo instrumento, & tunc facit vacilare fidẽ instrumenti, adeo quod ei non creditur, vt in dict. l. 1. in fin. Et eadem est ratio in omnibus alijs instrumentis secund. Iacob. de Aret. & Innocentius in cap. cum Ioannes de fide instrumentorum*, tradunt Bosius *in tit. de falsis, numer. 26. & 29. Menochius de arbitrarijs, casu 105. numer. 13. lib. 2.* probat Iosephus Ludouicus *in decis. Lucana 13. num. 16. & 18. Franciscus Marcus in quæst. 298. Parlamenti Delphinatus, numer. 1. Valascus consultat. 183. numer. 1. & probatur in l. 3. tit. 2. part. 6.* ibi: *E si acaeciesse, que alguno destos testigos negasse, que non pusiera su sello en el testamento, no lo deuen dexar por esso de abrir, como quier que alguna sospecha sea contra el testamento por el niego de aquel testigo:* & nouiter concludit Farinacius *de falsitate, & simulat. q. 158. nu. 13. & 15. cum seqq.*

La segunda sospecha euidente de falsedad, es por el mal estilo, y ordenata de la escritura, y errores della, no solo contra la obligacion del oficio de escriuano, sino tambien contra el estilo del mismo escriuano.

Porque entre otras cosas dize, que la insinua por estar cierto, que excede de los 300. ducados que la ley del Reyno dispone: lo qual repite dos vezes, auiendo de dezir, de los quinientos sueldos, que es lo ordinario.

Y la renunciacion que haze de la ley final de longo titulo, disparate, y renunciacion nunca vista, ni entendida.

Y la impropiedad della, porque vnas vezes habla en primera persona, y otras en tercera.

Siendo como esta prouado, que el escriuano ante quiẽ suena auerse hecho, era grande oficial, y muy entendido en sus notas, y registros, que algunas destas para verificacion dello estan presentadas en el pleyto en la instancia del Consejo, que son quatro donaciones sacadas por compulsoria, y citacion de las partes, memor. fol. que todas

ellas

ellas estan muy en forma con insinuacion ordinaria de los quinientos sueldos, donde dize en la sobre que es este pleyto de los trezientos ducados, y no tiene la renunciacion de la ley final de longo titulo, ni otras que en esta se refieren.

Ex quo etiam inducitur suspicio falsitatis Bartolus, *numer. 3. Paulus numer. 2. in l. penult. C. de probat.* *Ita Baldus in l. si quis sub conditione: & ibi gloss a, ff. de condit. institutionum.* Cum his quæ late congerit Mascardus *de probat. conclus. 740. numer. 37. & sequenti, Franciscus Marcus, q. 141. numer. 2. in decisionibus Delphinatus in consil. 47. in principio, Bursatus, consil. 320. lib. 3. numer. 7. Greg. Lop. in l. 28. tit. 1. par. 7. glos. 2.* quia quando instrumentum continet non verosimili reditur suspectum, & in causa ciuili nullam fidem faciat, Castrensis *in l. vlt. in principio, C. de probat.* Menoch. lib. 1. præsumpt. 99, nu. 17. Farinacius de falsitate, quæst. 153. numer. 176. & 177. Quæ quidem ratio confirmatur ex eo: quia clausulæ huiusmodi donationis non habent rectã & perfectam constructionem, inde suspitionem prẹstant. Ita Ruinus, *consil. 68. colum. 1. versic. Et ex sequentibus, lib. 4. Alciatus responso 495. numer. 3. Menochius de præsumpt. lib. 5. præsump. 20. numer. 25. & de arbitrarijs, lib. 2. casu 187. numer. 46. Farinacius de falsitate, quæst. 153. numer. 153. folio 72.*

Puede ser tambien nulidad, la diuersidad del estilo, y forma desta donacion, a la que ordinariamente tenia en sus notas, y registros el dicho Iuan Lopez de Tapia escriuano. Diuersitas enim stilli falsitatem arguit, *l. vbi falsi, C. de falsis,* ibi: *Scripturarum collatione,* textus *in cap. licet, §. illos quoque, & ibi glos. verb. forma scripturæ, Hostiensis, nu. 6. in fin.* & alios quos adducit, idem Farinacius, dict. q. 153. numer. 159.

Lo tercero, se comprueua esta falsedad por auerse detenido las partes contrarias mas de tres años en sacar esta escritura del original, hasta tanto que murio el difunto, y tãbien el escriuano, que ambos murieron en vn mes, y despues de muertos, sin auerse antes tenido noticia della, sacaron el traslado supuesto. Ex qua tardatione extrahendi instrumentum arguitur falsitas, Falerio *in practica crim. §.*

item

item quod commiss sit falsitatem, num.19. Mascardus conclus. 740.num.16. Menochius de arbitrarijs, lib.2.casu 187.nu.38. & 48. Farinacius dict.q.153.num.181.fol.14. Et ex occulcatione præsumitur falsitas, ita Oldradus *cons.183.nume.10.* vbi loquitur de scriptura, quæ stetit occulta per sex annos, que no se auia sabido della. Sequitur Craueta *cons.28. & cons.298.nu.17.in princip.* Menochius pluribus adductis, *cons.267.num.26.vers. Sexto. Zephalus cons.187.num.31. vers.2.*

Y esta presuncion es mas fuerte, quando el tiempo de la ocultacion fue tanto, que son ya muertos el escriuano, y otorgãte, como en nuestro caso præsumitur enim, quod ideo non apparuit, ne falsitas detegeretur, glos. & Doctores *in l.1.ff. quemad. testamenta aperiantur, Craueta consil. 249.num.9.vers. Decimo clare Fulgosius cons.79.colum.1. Marsilis in rubr. ad legem Corneliam, de sicarijs, nu.5.*

La quarta conjetura es, la falta de verisimilitud que tiene la dicha escritura, porque parece, que el dicho Domingo de Larrarte, dos meses, y diez dias antes del tiempo en que se pretende auer otorgado la dicha escritura de donacion, hizo otra en fauor del dicho don Domingo, mandãdole vna caseria con su pertenecido, para que a titulo della se ordenasse de Missa, como se ordenò, y no haze mencion della en esta sobre que es el pleyto, que si la huuierã hecho, no dexara de acordarse della, auiendo tampoco tiẽpo que la auia otorgado. Con que concurre lo que dize don Yñigo de Chinchurreta, que le dixo don Domingo, que no auia tenido noticia desta donacion, y que assi no la auia sacado: siendo cosa cierta, que si fuera verdadera no la podia ignorar, ni dexar de tener noticia: pues en ella se dize, que se hallò presente, y la aceptò. Ex quo etiam ex nõ verosimili falsitas inducitur, vti scripserũt Socinus *in consil.28.num.9. Albanus cons.224.in fin.num.6. & 7.* vbi ponit plura exempla, quando instrumentum dicatur continere inverisimilia. Quia ad probandam falsitatem instrumenti, sufficit probatio per nõ verisimile. Natta cons.633. nu.13. & 14. & alia adducit Farinacius *vbi supra nu.176. & 177.* Idque ea ratione contingit, quia quod verosimili non est falsitatis imaginem sapit, vti probat Abbas *in cap. quia*

vero-

verosimili, num. 3. de præsumpt. Marianus Socinus cons. 3. numer. 24. & cons. 41. nu. 6. volu. 2. Bursatus cons. 20. num. 44. & cons. 21 f. nu. 12. & 13.

La quinta (no menos fuerte) presuncion, es, que la donacion suena auerse otorgado en Tolosa, a 28. de Agosto, de 1605. y esse dia, Domingo de Larrarte otorgante, no estuuo en aquella villa, sino en la casa de Arresse, que es en Vidania, dos leguas de alli, como consta de vna escritura q̃ està fol. 35. colum. 3. que otorgò aquel dia, ante Pedro de Alcelaz escriuano. Ex quo etiam probatur falsitas, gloss. *in l. optimam, C. de contrahenda emptione, ver. & melius, vers. Sed quid si duæ appareant scriptæ.*

La sexta presuncion, con que se conuence esta falsedad, se toma de las declaraciones de quatro de los mismos donatarios, en cuyo fauor se hizo la donacion, que los tres dellos, que son Iuan de Chinchurreta el mayor, y el menor, y Marina Chinchurreta su hermana, son interessados en que fuesse verdadera, en mas de mil ducados, de la casa, y juridicion de Vetelu: y el otro es don Iuan de Larrarte presbytero, Abad del lugar de Atallu, persona noble, y muy principal, interessado assimismo en cien ducados en la donacion, el qual tambien en tres cartas que escriuio, las dos a Martin de Vrquiola, y la otra a fray Gaspar de Aguirre, que estan fol. y estan confessadas por suyas por las partes contrarias: y en dos dichos que dize, vno cõ censuras, afirma, que despues de muerto Iuan Lopez escriuano, se publicò auerse otorgado ante el la donacion: y auiendosele mostrado el registro de la dicha escritura, que es el que està en el processo, dize, que la tiene por falsa, y que la firma que està en el, y letra della, no es de la mano, y letra de Domingo Larrarte difunto; porque le vio escriuir, y firmar muchas vezes, y tiene en su poder muchas firmas suyas, y porque comunicò con el todos sus negocios, y no le dixo auer otorgado tal donacion, y q̃ tãbiẽ le dixo, q̃ no tenia obligaciõ alguna a los dichos dõ Domingo, y Martin de Yçalde, porq̃ al dicho don Domingo le auia hecho donacion de la casa de Otagui, para q̃ se ordenasse a titulo della, q̃ està en este pleyto, q̃ es fecha en la casa de Arrese, en la tierra de Vidania, en 18. de Iunio, de

1605. ante Pedro Fernandez de Olazabal escriuano, dos meses, y diez dias antes de la fecha de la donacion, que fue a veynte y ocho de Agosto del dicho año de 1605. y le dixo el difunto al dicho don Iuan de Larrarte, que en boluiendo de la Corte haria testamento, y dispondria de sus bienes, fundando algunas capellanias con orden del testigo: y assi tiene por cierto, y sin duda, que es falsa la donacion, y si la huuiera otorgado se lo dixera.

La septima, porque quando murio Iuan Lopez de Tapia escriuano que dizen fue de la dicha donacion, no se hallò entre sus registros, como consta del dicho de Miguel Lopez de Tapia, hijo del dicho Iuan Lopez de Tapia, memor. fol. 62. col. 2. que dize, que por mandado de Iuan de Larrarte Notario hizo buscar la donacion a Iuan de Olazabal oficial de su padre, y no la hallò entre sus registros. y lo mismo dize el mismo Iuan de Olazabal, fol. 59. col. 1. que dize, que la buscò entre los registros, y no la hallò: y que si tal donacion huuiera otorgado el dicho Domingo Larrarte, lo supiera el testigo, y no pupiera ser menos, porque se lo dixera el dicho Larrarte, por la mucha amistad que con el tenia: y està espantado, y no puede creer que huuiesse otorgado tal donacion, y la tiene por falsa: con lo qual se prueua no auerse otorgado, pues no se hallò en el protocolo, y registro, Bart. *in l. Titia textores delegatis 1. numer. 2. & ibi Iason, numer. 17. per textum in l. fin. C. de rebus creditis:* & magis in terminis Menochius *de adipiscenda, remed. 4. quaest. 86. num. 735.* & eo non allegato Mascardus, *conclus. 740. numer. 44.* quod probatur falsitas, quia non reperitur scriptura inter protocolos. Y mas diziendo el dicho Iuan de Olazabal en su dicho, que si tal donacion huuiera otorgado el dicho Domingo Larrarte, el testigo la supiera, y no pudiera ser menos, porque se lo dixera el dicho Larrarte, por la mucha amistad que con el tenia, y que por esto la tiene por falsa: la qual deposicion es concluyente, y de afirmatiua, gloss. *verbo, an non in fin. in l. 1. §. hoc interdicto de itinere actuque priuato, vers. Sed se existente in possessione, & gloss. in authent. de hæred. & falci. §. si vero absunt, vers. Et vidisse in fin. verstr. Item nota, Felinus in cap. ex literis, nu. 4. de præsumpt.*

La

La octaua, porque consta la diligencia grande que hizieró estos donatarios, en que despues de muerto el dicho Iuá Lopez de Tapia, vno de sus oficiales metiesse entre sus registros la dicha donació, como dizen Iuá de Gayzarro, y Maria Lopez de Arburola su muger, memor. fol. 56. padres de Antonio Guiztarro, ausente en Indias, escriuiente que fue del dicho Iuan Lopez de Tapia, que el dicho su hijo les dixo, que le auian dado la escritura de donacion, y quatro reales, y prometidole vn vestido, y otras cosas, porque la metiesse entre los registros del dicho Iuan Lopez de Tapia: y que ellos dixeron a su hijo, que no hiziesse tal, y q̃ les boluiesse la donacion, y los quatro reales, y assi se los boluiò. Y lo mismo consta del Licenciado Martin de Armendia, fol. 52. Doña Maria Lopez de Tapia, Domingo de Iriarte, fol. 55. y otros: y tambien consta, que no auiendola querido escriuir el dicho Antonio Guiztarro, hizieron que la trasladasse, y metiesse entre los papeles Iuan Lopez de Arizmendi, como dizen doña Maria Lopez de Tapia, hija del dicho escriuano Iuan Lopez de Tapia, y Domingo de Iriarte, fol. 55. colum. 2. ex quo sufficienter probatur scripturæ falsitas, etiam ad hoc, vt de falso teneantur, Bartolus *in l. finali, C. plus valere quod agitur: & in l. si quis obrepserit, num. 2. ff. de falsis.*

La nona, porque consta que el dicho Iuan Lopez de Tapia tenia siempre consigo oficiales, y escriuientes que seruian de testigos, y trasladauan las escrituras, como dizen Domingo de Iriarte, fol. 55. in principio, y Iuan de Olazabal, fol. 59. colum. 1. y no auiendo sido testigo ninguno de sus escriuanos, y escriuientes, ni trasladadola, ni sabido della, satis vehemens oritur suspitio falsitatis, ex hoc actu insolito, vt late probat Mandellus de Alba, *cons. 224. numer. 3. & 4. & cum alijs probat Farinacius de falsitate, q. 153. n. 162.*

La decima, porque consta que las firmas de Iuan Lopez de Tapia, y de Domingo Larrarte, aunque estan bien contrahechas, no son suyas, como dizen el Licenciado Martin de Armendia, yerno del dicho Iuan Lopez de Tapia, fol. 53. colum. 1. doña Maria Lopez de Tapia su hija, fol. 54. in principio, Domingo de Iriarte, fol. 55. in principio,

cipio. Don Iuan de Larrarte clerigo, fol. 54. y otros, que dizen la diferencia de la letra de Iuan Lopez de Tapia. Miguel de Anduti, Iuan de Vergara, Martin de Castilla, Iuan Gomez de Bedoya, y Alonso Martinez, fol. 61. q̃ dizen ser muy diferente la letra de la firma, donde dize, Domingo de Larrarte, de la que el solia hazer. Ex qua diuersitate litteræ vrgens falsitatis præsumptio, imo probatio inducitur, ex glossa, verbo, falsam, *in cap. in memoriam, 19. distinct. Menochius consl. 199. num. 7. vers. Tertio arguitur falsitas, lib. 2.* vbi de diuersitate caracteris singularum literarum, & de *præsumptionibus, lib. 5. præsumptione 20. num. 9. & num. 18.* vbi loquitur, quando caracteres sunt diuersi ab ijs quibus vti solebat scriptor illius instrumẽti de cuius falsitate agitur, Mascardus *conclus. 740. num. 11. & numer. 18. & alijs congestis Farinacius q. 153. nu. 112.*

La vndecima, y vrgente presuncion, es, por las clausulas insolitas, y extraordinarias que tiene, para mayor seguridad, y firmeza, y el demasiado cuydado que mostraron en clausularla, y cautelarla, para que pareciesse verdadera, y fuesse firme.

Porque por vna parte parece que por ella se quiso hazer testamento, por entrar reuocando qualesquier testamentos, y codicilos, y vltimas voluntades, y qualesquier otras escrituras de donaciones, y obligaciones que huuiere hecho, y assi reuoca la escritura de donacion, hecha a don Domingo, dos meses antes de la casa de Oragui. Y porq̃ manda despues que falleciere, doze Missas, y otras cincuẽta Missas, y como testamento no vale: ex *l. hæreditas 5. C. de pactis conuentis*, cuius sunt verba: *Hæreditas extraneis testamento datur cum igitur affirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, vt post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nulla actione posse conuenire hæredes, seu successores eius, vt tibi restituantur quæ nullo modo debentur*: & ibi Doctores Bart. *in l. fin. C. de pactis, vers. Neque obstat lex hære ditas, & num. 16.* Tambien tiene naturaleza de donacion causa mortis, porque haze mencion de la muerte, ibi: *Todo ello despues de sus dias, y no antes*: pero porque dize que haze donacion pura, perfeta, irreuocable, que es dicha entre vi-

uos, no vale como donacion causa mortis, *ex l. vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocetur causa donandi, magis est inter viuos, quàm mortis causa donatio.* Et ideo perinde haberi debet adque alia quævis inter viuos donatio, *l. Seia 42. in fine, de donationibus causa mortis, l. Seia 11. ff. de dote prælegata, l. non omnis 19. ff. si certum petatur.* Vbi donatio causa mortis potest reuocari, docet Barto. *in dict. l. fin. C. de pactis, num. 11. Iason in l. qua dotis 34. nu. 29. soluto matrimonio. Dueñas in regula 217.* Y como donacion inter viuos es nula. Lo vno, porque excede los quinientos sueldos, aunque los llama trezientos ducados, y no està insinuada conforme a la *ley 9. in fine, titu. 4. de las donaciones, par. 5.* y a esta, y a las demas leyes de derecho comun que requieren la insinuacion, no se puede renunciar, etiam cum iura mento, vt innumeris relatis probat Tiraquel, *in l. si vnquam C. de reuocandis donat. in præfatione, nu. 359.*

Y de las muchas palabras que en este articulo de la insinuacion se repiten, y clausulas, y fuerças que se ponen para que no obstasse el defeto de la insinuacion, se arguye manifiestamente, y aun se conuence la falsedad de la donacion. Pues si fuera verdadera, quanto mas facil era insinuarla, pues para ello no auia mas necessidad de mas que lleuarla ante el juez, y assentar el auto de la insinuacion, ex supra allegatis: y assi se vee, que el no auerse hecho, es, porque como en acto judicial no se podia poner la antedata que en la escritura hecha ante escriuano muerto se puso: y en lugar de lo que fuera tan facil como insinuar, vsaron de tan exquisitos remedios, que sin duda para ello hizieron mayores diligencias, de consultar Letrados, no diziendoles el mal intento, y efeto para que lo querian, y otras de mayor trabajo, y costa, que lo que fuera insinuar la dicha donacion, si fuera possible hazerlo, y no lo era por razon de la dicha falsedad della: y en lo que tanto repararon como la necessidad de la insinuacion, no se puede presumir que fue por oluido, sino por la dicha causa, *l. si per prætorem, §. si feria ff. ex cau. ma. l. tractabatur, vers. Sed si quidem, ff. de militari testamento, latè Mascardus de probat. conclus. 1286. nu. 15.*

Las quales, y las demas cautelas arriba referidas, y el de-

 masiado

masiado cuydado de assegurar, y mostrar, que la donacion era valida, arguye, y conuence, que no lo es, y que auia en ello fraude, ex glossa vulgari *in l. si quis sub conditione, ff. de condit. instit. scolio 1. Baldus numer. 5. Iason numer. 41. & cæteri Doctores in l. testamentum, Decius in l. quæ dubitationis num. 3. ff. de regulis iuris, Tiraquel. de retractu conuentionali in præfatione, numer. 16. & sequenti, Cota in memorabilibus, verbo, clausula insolita.* Et id tandem plurimis adductis verissimum esse concludit Menochius *consil. 1. num. 338. cum sequentibus, Decianus consil. 185. præsupponitur in facto, num. 22. volumine 2. Zasius consil. 10. numer. 12. volumine 2. Bursatus consil. 320. numer. 7. volumine 3.* & magis in specie, quod propter clausulas insolitas præsumatur instrumentum falsum, tradunt plurimi Doctores quos prædictis nō citatis refert Mascardus *de probat. conclus. 740. numer. 31.* & vltra ipsum, Cephalus *consil. 289. numer. 26. volum. 2.* Y que esta falsedad se presuma por las clausulas de renunciaciones superfluas, y afectadas, como lo son las de la dicha donacion, tradit Baldus *in cap. tertio loco, num. 13. vers. Vlterius nota de probationibus,* & ex his insolitis cautelis, & clausulis præsumptionem falsitatis deducunt plures congesti à Farinacio, *q. 153. n. 162.*

Háse considerado tan por menudo estas presunciones y sospechas de falso, por la mucha fuerça que tiene cada vna dellas, præcipuè in ciuilibus, porque en este caso es prouança bastante, vt concludit Nata *in consil. 633. Iulius Clarus in §. falsum, numer. 39. & Baiardus in eius additione, numer. 238. Menochius de præsumptionibus, lib. 1. q. 99. num. 1.* & alij plures quos adducit Farinacius pro opinionum concordia, vbi supra *de falsitate, q. 152. num. 10. fol. 30.* Y aun quando son muchas las presunciones, bastan para cōdenar criminaliter, vt tradit *decisio Pedemontana 117. num. 12. in fine,* Mascardus *conclus. 470. nu. 45. Tiberius Decianus consil. 99. numer. 11. & consil. 108. num. 76. lib. 2. Antonius Gabriel, lib. 7. conclus. 6. numer. 9. Barbosa in l. 2. in principio, 1. p. n. 82.* Quia præsumptiones legum dicuntur liquidissimæ probationes, *l. si quis locuples 77. in fine de manumissis testamento, Mascardus conclus. 212. numer. 2. Molina de primo gen. lib. 3. cap. 4. numer. 39. & 40.*

Contra toda esta prouança de presunciones de falsedad tan eficazes, y verdaderas, se opone: que admiten prouança contraria, vt in *l. iam hoc iure, l. licèt Imperator, ff. de legatis 2. Mantica de coniecturis vltimarum voluntatũ, lib. 5. tit. 14. numer. 10.* Y que en fauor de la donacion dizen cinco testigos que dizen se hallaron presentes: que son Pedro de Landa, y Pedro de Olazabal, testigos instrumentales; Iuan Lopez de Iriarte, Iuan de Guilisasti, y Iuan Lopez de Arismendi, que no son instrumentales, y dizen se hallaron presentes al otorgar la donacion.

Sed respondetur, que a estos testigos no se ha de dar fee en contraposicion de las prouanças de nuestra parte.

Lo primero, el dicho Pedro de Landa no prueua, porque es cuñado de Martin de Ayzalde, donatario, casado con vna hermana suya, vnde tanquam affinis non facit fidem *l. 3. in principio, ff. de testibus, capit. absens,* el segundo, *3. q. 9. Antonius Gabriel communium opinionum, tit. de testibus, concl. 13. numer. 1. Farinacius de testibus, quæst. 54. nu. 1.* Y sino era cuñado al tiempo que suena el otorgamiento de la escritura, eralo al tiempo que depuso como testigo en fauor dello, y este tiempo de la deposicion del testigo, es el que se considera.

Demas desto consta, que ha presentado testigos en este pleyto, como procurador de Martin de Ayzalde su cuñado, y que tiene poder suyo dado en diez y nueue de Iulio de 1609. Y siendo su procurador, no valio el dicho que dixo por el, en tres de Agosto del dicho año de 609. *l. fin. ff. de testibus, & l. deferre 18. versic. Item eos de iure fisci:* & ibi Bartolus post glossam, *verbo, interrogari, capit. insuper in fine:* & ibi glossa in figuratione casus, *verbo item nõ potest quis,* & verbo *admitti, de testibus,* idem Bartolus, *consil. 213.* & concordat, *l. 20. tit. 16. part. 3.* Burgos de Paz, *consil. 11. numer. 14. decisio Rotæ 21. in nouis aliàs decisio 134. Iason in l. quoties in fine de iudicijs, Gutierrez consil. 24. numer. 1. & consil. 30. num. 5.* latissimè Farinacius, *q. 60. n. 196.*

Mayormente, que el dicho Pedro de Landa vsò del dicho poder, y presentò testigos en seys del dicho mes de Agosto, auiendo dicho su dicho el dicho dia tres del dicho mes, como consta, fol. 155. y assi ninguna fee, y cre

dito

dito se le ha de dar. Y porque el procurador se reputa por vna misma persona con el principal cuyo poder tiene. *l. Ossa, in fine, ff. de religiosis, & sumptibus funerum*, verba textus *in dict. l. Ossa, in fine*: sunt etiam si non ipse prohibitus sit, sed procurator eius qui intellectu aliquo prohibitus ipse videtur: y assi no pudo admitirse por testigo: *l. nullus. ff. de testibus. l. testibus. C. eodem.*

Contra Pedro de Olazaual, ansimismo testigo instrumental, se dize, que està tachado por falsario, y criminoso, y por tal castigado: y por esto repellitur à testimonio, siue simus in causa criminali, siue ciuili, *cap. super eo, el primero:* & ibi glossa, *vers. Testimonium de testibus, cap. constituimus, 3. q. 1. Farinacius q. 56. nu. 126.*

Y no por ser ambos instrumentales se puede pretéder q̃ son mas suficientes testigso, porq̃ antes son sospechosos, respeto de que se puede sospechar contra los tales, por estar puestos en escritura que se tiene por supuesta, y falsa: & ita quotiescunque testi deponenti super suo facto, ex quo sibi laus, vel opprobrium euenire potest, non est idoneus testis, nec fides est ei adhibenda, ita Antonius de Butrio *in cap. cum à nobis, de testibus, & in cap. ex literis de trãsactionibus*, y por este motiuo lo tuuo por cierto Gamma *decis. 98.* per totam, donde concluye, que los testigos instrumentales no son suficientes, porque son interessados en auer autorizado escritura tan sospechosa, y halladose a ella. Quam rationem confirmat Osascus *decis. Pedemontana 19. num. 59. Rota Genuensis decis. 20. num. 8. Grammaticus decis. 40. num. 18.* plures adducit Farinacius *de testibus quaest. 60. nu. 21.*

Y demas desto se contradize, y varia este testigo, Pedro de Olazaual, porque dize, que no se acuerda si era de dia, ò de noche, ò dia de trabajo, ò fiesta, y que auia dos, ò tres hombres forasteros, que no los conocio: y no se acuerda, si todos los testigos instrumentales fueron al otorgamiento: auiendo dicho, folio. 147. que auian halladose a el, y que las firmas son las propias: la qual contrariedad basta para no darle credito. *l. qui falso, vel varie, ff. de testibus.*

Y ten, estos dos testigos se contradizen en las repreguntas,

tas, variando en la edad, cuerpo, y señas de Domingo Larrarte, y Iuan Lopez de Tapia: y Pedro de Landa, dize, que no se acuerda del dia, ni el mes que se otorgò la escritura, y negó en las generales ser pariente, siendo cuñado de Martin de Ayzalde donatario, y que Pedro de Landa fue llamado para testigo, estando trabajando a su oficio de Cãtero, lo qual es verisimil, pues estauan presentes los escriuientes del escriuano, que erã Antonio de Gaistarro, y Iuã Lopez de Arismendi, y otros dos vezinos, Pedro de Coto mesonero, y Iuan Lopez Merino, con que no auia necessidad de traer para testigos dos Canteros, que estauan trabajando.

Tampoco prueuan los otros tres testigos, que no son instrumentales, y dizen se hallaron presentes, que son Iuan Lopez de Yriarte, Ioannes de Guidisasti, Iuan Lopez de Arismendi.

Iuan Lopez de Yriarte no dize cosa cierta, ni assentada, sino que en vna casa que no sabe, se otorgò vna escritura por vn hombre que se dezia Domingo de Larrarte, y q̃ no sabe lo que contenia, ni reconoce su firma, ni dize en que mes, ni año, ni conoce al otorgante: & sic eius depositio est obscura, dubia, & incerta, qua propter nihil prorsus probare potest, secundum Angelum *in l. in ambigua, nu. 1. ff. de rebus dubijs, Socinus in l. 1. n. 9. ff. si certum petatur, Mascardus conclus. 1362. nu. 6.* & alios adducit Farinacius *quæst. 68. §. 1. nu. 11.* Demas de que se prueua contra el, que al tiempo del otorgamiento que suena la escritura, estaua ausente en la villa de Alcala de Henares, y lo estuuo todo aquel año, de que se echa de ver q̃ notoriamente depuso falsamente, pues dize que estuuo en la villa de Tolosa, estãdo en la de Alcala, que està distante della setenta leguas, *vt in l. qui falso, & ibi gloss. in verbo puniuntur, ff. de testibus*, ibi: *Qui falso, vel varie testimonia dixerunt, vel vtriq; parti prodiderunt, à iudicibus competenter puniuntur*, plura adducit Farinacius de testibus, *quæst. 76. p. 2. numer. 56. fol. mihi, 283.*

Contra Ioannes de Guilisasti se opone, que se embriaga, y toma del vino, y que por este respeto le despidieron de la soldadesca en la ciudad de Pamplona, y assi no haze

fe: & a teſtimonio repellitur, ſecundum Decium *in cap. placuit, nu. 8. de teſtibus. Ripa in l. fin. num. 76. C. de reuocandis donationibus. Farinacius q. 57. nu. 434.*

Contra Iuan Lopez de Ariſmendi, que dize eſcriuio la eſcritura de donacion, y ſe hallò al otorgamiento della, ſe opone, que eſto fue a cautela, porque temiendo que era falſa, no quiſo ſer teſtigo inſtrumental, contra el qual dize doña Maria de Tapia, hija del dicho Iuã Lopez de Tapia, que eſte le confeſſò que no auia hecho la eſcritura: y que apretandole mas, vino a dezir, que el dicho don Domingo, y los demas ſe la dieron a trasladar, y la trasladò, ſin auerle dicho que eſcriuio el original, y aſsi parece que ſe encuentra en lo que dixo judicialmente, con lo que auia dicho extraiudicium.

Y aunque es verdad que fue diſputa graue, a qual dicho ſe aya de eſtar, y lo regular es, que al que dixo judicialmente: pero eſta regla tiene dos limitaciones, que ſe ajuſtan grandemente a los terminos deſte pleyto.

La primera es, quando dictum extraiudiciale eſſet coniecturis, & præſumptionibus adminiculatum, aut alias magis veriſimile: tunc enim attenditur extraiudiciale dictum, ita Felinus *in cap. cum in tua, ad finem, verſ. Idem dicas extra de teſtibus. Couar. lib. 2. variarum, cap. 23. num. 7. verſ. Eſt & aliud. Farinacius q. 66. nu. 216.* Aunque comēçò la diſputa in eadem *quæſt. à num. 193.* Y el dicho extra judicial eſtà coadjuuado de veriſimilitud, preſunciones, y euidencias que eſtan aduertidas.

La ſegunda limitacion es, que en qualquier acontecimiento, por lo menos ſe debilita el dicho judicial, ex ijs quæ teſtis dixit extraiudicium: ita tradit Boſius in titul. de oppoſitione contra teſtes, *num. 3. verſ. Non tamen negari poteſt: idem Couarru. dict. lib. 2. var. cap. 13. numer. 7. poſt verſ. Et ad illud, Menochius de arbitrarijs, lib. 2. caſu 108. num. 27. & 28.* & poſt alios Farinacius *dict. q. 66. nu. 226.* Demas de que ſe prueua, que es intimo amigo de las partes contrarias, en que ay varias opiniones. La primera, que amicus à teſtimonio repellitur pro amico. Altera, quod ſola amicitia ſufficit ad repellendum tertia, quod etſi à teſtificando non repellatur amicus, non tamen ſit integre fi-

dei,

dei, & omni exceptione maior. Quarta, quod maxima amicitia repellit testem, non autem leuis. Quinta, quod iudicis arbitrio remittitur. Quas opiniones, por no referir lo dicho, adducit Farinacius de testibus, *q. 55. à nu. 231. 233. 234.* cum sequentibus.

Y por remate, contra estos tres testigos, que no fueron instrumentales, se opone, que siendo imperfeta la dicha escritura de donacion, porque le faltò vno de los testigos instrumentales, que dixo no se auia hallado a ella, ni reconocio su firma, este defeto no se suple per alios testes supernumerarios, & extraneos, non scriptos in instrumento. Esta fue dotrina celebre de Innocentio *in cap. cum Ioannes Heremita, num. 3. vers. Et in tantum hoc verum est extra de fide instrumentorum, & ibi Hostiensis nu. 6. vers. finali.* Et in tantum hoc est verum, *& num. 7. Bellamera in cap. 3. loco. nu. 2. de probationibus. Mascard. in præfatione, q. 6. numer. 48.* quã eleganter adducit Farinacius *de falsitate, & simulatione, q. 158. nu. 10. fol. 127. Baldus in l. in exercendis, nu. 11. C. de fide instrumentorum,* vbi eam redit rationem, quia scilicet instrumenti, morbus intrisecus est, & incurabilis, ideo non potest curari ab extra. Quam limitationem adducit Ioannes Faber. *in §. item verborum, institut. de inutilibus stipulationibus, nu. 15.* Et sequitur Farinacius *de falsit. & simulat. in 2. p. q. 158.* fol. 145. in 1. col. circa finem. La qual dotrina ha lugar, no solo quando dos de los testigos instrumentales contradizen el instrumento, y declaran no auerse hallado en el. Sed quod magis est, si vno solo fuesse, vt paulopost notat *dict. q. 158. nu. 12. fol. 127.* in illis verbis: *Et procedit præmissa ampliatio, non solum quando duo testes instrumentarij negant se instrumento interfuisse, sed etiam quãdo vnus tantum testis se interfuisse negat.* Et in nu. 13. sequẽti, ibi: *Amplia quarto etiam in vnico teste instrumentario.* Y esta dotrina es importantissima, y eficaz por si sola, para excluyr estos tres testigos estraños del instrumento. Demas que de su calidad, y modo de dezir, se echa de ver q̃ son testigos falsos, y inducidos a querer sustentar esta escritura falsa. Saluo, &c.

El Dr. Luis de Casanate

dei, y omni exceptione maior. *Quarta*, quod maxime amicitia repellit testem, non autem levis. *Quinta*, quod iudicis arbitrio remittitur. Quas opiniones, por no referir lo dicho, adducit Farinacius de testibus, q. 55. à nu. 231. 233. 234. cum sequentibus.

Y por remate, contra estos tres testigos, que no fueron instrumentales, se opone, que siendo imperfeta la dicha escritura de donacion, porque le faltó vno de los testigos instrumentales, que dixo no se auia hallado a ella, ni recono cio su firma, este defeto no se suple per alios testes supernumerarios, & estraneos, non scriptos in instrumento. Esta fue dotrina celebre de Innocentio *in cap. cum Ioannes Heremita, num. 3. vers. Et in tantum hoc verum est extra de fide instrumentorum, & ibi Hostiensis num. 6. vers. finali.* Et in tantum hoc est verum, *& num. 7. Bellamera in rep. 3. lect. nu. 2 de probationibus Mascard in prafatione, q. 6. numer. 45.* quã eleganter adducit Farinacius *de falsitate, & simulatione, q. 155. nu. 10. fol. 127. Baldus in l. in exercendis, nu. 11. C. de fide instrumentorum,* vbi eam reddit rationem; quia sciliscet in instrumenti, morbus intrinsecus est, & incurabilis, ideo non potest curari ab extra. *Quam limitationem* adducit Ioannes Faber. *in §. item verborum, instit. de inutilibus stipulationibus, nu. 15.* Et sequitur Farinacius *de falsit. & simulat. in 2. p. q. 158. fol. 145. in 1. col.* circa finem. La qual dotrina ha lugar, no solo quando dos de los testigos instrumentales contradizen el instrumento, y declaran no auerse hallado en el. Sed quod magis est, si vno solo fuesse, vt paulopost notat *dict. q. 158. nu. 12. fol. 127.* in illis verbis: *Et procedit pramissa ampliatio, non solum quando duo testes instrumentarij negant se instrumento interfuisse, sed etiam quando vnus tantum testis se interfuisse negat.* Et in nu. 15. sequenti. ibi: *Amplia quarto etiam in vnico teste instrumentario.* Y esta dotrina es importantissima, y eficaz por si sola, para excluyr estos tres testigos estraños del instrumento. Demas que de su calidad, y modo de dezir, se echa de ver q̃ son testigos falsos, y inducidos a querer sustentar esta escritura falsa. Salvo, &c.